

Excelentíssimo Senhor Ministro Marco Aurélio do Colendo Supremo Tribunal Federal, DD. Relator da

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 321

PARTIDO DOS TRABALHADORES, já devidamente qualificado nos autos do processo em epígrafe, não se conformando com a r. decisão proferida em 26.5.2014, vem respeitosa e tempestivamente à presença de Vossa Excelência, por seus advogados, com fulcro no § 2º do artigo 4º da Lei Federal n. 9.882/99, interpor recurso de

A G R A V O

requerendo a Vossa Excelência a reconsideração da r. decisão de fls., ou, caso contrário, a submissão do presente recurso à apreciação do Plenário deste Colendo Supremo Tribunal Federal, para que, julgando o caso, possa vir a reformá-la, pelas razões de direito a seguir delineadas.



I. - OBJETO DO RECURSO

1. - O presente agravo regimental é interposto contra r. decisão que indeferiu a petição inicial da presente ADPF, nos seguintes termos:

A constituição Federal, ao prever a arguição de descumprimento de preceito fundamental, remete à forma preconizada em lei. No caso, tem-se a impropriedade da medida intentada. **O autor acaba revelando não só o ataque a ato do Relator da Ação Penal nº 470 como também a contrariedade à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação do instituto do trabalho externo,** considerado o regime semiaberto, e pleiteia interpretação conforme à Carta da República do disposto no artigo 37 da Lei de Execução Penal - Lei nº 7.210/84, para excluí-lo.

Sob o ângulo da relevância do fundamento da controvérsia constitucional, levando em conta o Código Penal e a mencionada Lei, verifica-se que **o próprio autor admite que a óptica versada na inicial está pacificada, há mais de uma década, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.** Mais do que isso, **tem-se o óbice do § 1º do artigo 4º da Lei nº 9.882/99, no que, ante o gênero ato do poder público, as decisões proferidas na execução referente ao título judicial formalizado na Ação Penal nº 470 são passíveis de impugnação mediante habeas corpus e agravo regimental.** Então, presente o artigo 4º, § 1º, da lei regeadora da espécie - nº 9.882/99 -, mostra-se inadequada a arguição. [sem grifos no original]

2. - Como se percebe, a r. decisão agravada indeferiu liminarmente a presente ADPF fundamentando-se em suposta inexistência de controvérsia constitucional e em hipotética inobservância ao princípio da subsidiariedade.

3. - Com a devida vênia, referidos argumentos não merecem prosperar, tendo em vista que:

(i) a ADPF ajuizada pelo Agravante não objetivou o ataque a qualquer ato concreto do poder público, mas sim o **controle abstrato de norma pré-constitucional,** situação expressamente admitida pelo inciso I do parágrafo único do artigo 1º da Lei n. 9.882/99;

(ii) justamente por isso, inexistindo qualquer outro meio apto a sanar a lesão a preceito fundamental (com eficácia geral) **no âmbito do controle abstrato,** não há como se falar em violação ao princípio da subsidiariedade, **conforme reiteradamente vem**

decidindo este Colendo STF desde o conhecido julgamento da ADPF n. 33;

(iii) **por se tratar de ADPF autônoma e não de ADPF incidental**, não é requisito da petição inicial a necessidade de demonstração de controvérsia judicial relevante, **nos termos do que vem sendo decidido reiteradamente por este Colendo STF desde a OO-ADPF n. 03;** e

(iv) ainda que assim não fosse, o que somente se admite por hipótese, **é evidente que as rr. decisões monocráticas tomadas pelo Eminentíssimo Ministro Joaquim Barbosa nos autos da ação penal n. 470 (em sentido diametralmente oposto à jurisprudência consolidada sobre o tema) possuem o condão de gerar adesão por parte de Juízes e Tribunais inferiores, com influência direta em inúmeros outros processos individuais.**

4. - Dessa maneira, será evidenciada a necessidade de pronta reconsideração da r. decisão agravada ou, caso contrário, a submissão célere do presente recurso à apreciação do Plenário deste Colendo STF.

II. - DAS RAZÕES PARA REFORMA DA R. DECISÃO AGRAVADA

5. - Como visto, Vossa Excelência indeferiu liminarmente a presente ADPF sob o fundamento de que não teriam sido superados os requisitos impostos pela Lei Federal n. 9.882/99 referentes à existência de controvérsia constitucional e à subsidiariedade da medida judicial adotada.

6. - Como se depreende do trecho da r. decisão agravada supracitado, Vossa Excelência analisou os referidos requisitos sob o prisma de uma ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental **incidental**, pois considerou atacados os atos praticados pelo Eminentíssimo Ministro Joaquim Barbosa nos autos da ação penal n. 470.

7. - No entanto, com a devida vênia, o referido entendimento não guarda correspondência com o que efetivamente foi pleiteado pelo Agravante. Na presente ADPF, o Agravante, de forma inequívoca e expressa, **objetivou a análise abstrata da ausência de recepção parcial, pela Constituição Federal, do artigo 37 da Lei de Execução Penal, o qual, por ser anterior ao próprio texto constitucional, não comporta ser impugnado por outra ação de caráter objetivo.**

8. - Daí não ser correto, com a devida vênia, asseverar que a possibilidade de ataque a ato concreto (rr. decisões proferidas na ação penal n. 470) por meio de agravo regimental ou *habeas corpus* surtiria efeitos gerais para pacificar a questão de forma universal.

9. - As citadas rr. decisões monocráticas são, ao sentir do Agravante, apenas exemplos de má aplicação do art. 37 da LEP à luz do preceito fundamental que ordena a individualização da pena também em fase de execução, mas, de forma alguma, exaurem o objeto da presente ADPF.

10. - Assim, como foi demonstrado e assumido expressamente na peça inicial, **o objetivo declarado da presente ADPF é reparar lesão a preceitos fundamentais que o artigo 37 da LEP provoca**, uma vez que permite a aplicação do requisito objetivo de cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena para autorização do trabalho externo a apenados em regime semiaberto.

11. - Não por outra razão, a integralidade da fundamentação jurídica utilizada na petição inicial limitou-se a demonstrar que o artigo 37 da LEP **não foi recepcionado** inteiramente pela Constituição Federal de 1988, uma vez que viola os preceitos fundamentais veiculados nos incisos XLVI e XLIX do artigo 5º da Constituição.

12. - No caso, a Agravante somente mencionou as recentes rr. decisões do Exmo. Min. Joaquim Barbosa **no tópico destinado a contextualizar a aplicação da norma** impugnada pela ADPF, **mas tais rr. decisões sequer constaram do mérito da exordial, quanto menos de seus pedidos.**

13. - Assim, fixada a característica exclusivamente autônoma da presente ADPF, relevam-se totalmente inaplicáveis ao presente caso os argumentos utilizados pela r. decisão agravada para indeferir liminarmente a petição inicial.

14. - Isto é, **os requisitos legais utilizados pela r. decisão para indeferir a petição inicial, notadamente incidentais e volvidos a combater ato judicial, não incidem no presente caso na forma como foram analisados.**

15. - Primeiramente, no que diz respeito à relevância da controvérsia constitucional, o fato de estar consolidada a jurisprudência do C. STJ não constitui óbice ao ajuizamento da presente ADPF, haja vista o **seu caráter estritamente autônomo.**

16. - Trata-se de entendimento firmado por este C. STF no julgamento de **Questão de Ordem na ADPF n. 3**, de relatoria do Exmo. Min. Sydney Sanches, em que bem se diferenciou a ADPF autônoma da ADPF incidental. A propósito:

DIREITO CONSTITUCIONAL. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ART. 102, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1º E SEGUINTES DA LEI Nº 9.882, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999). VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS ATIVOS E PROVENTOS DE INATIVOS. GRATIFICAÇÕES. VANTAGENS. CÁLCULO DE ACRÉSCIMOS PECUNIÁRIOS. TETO DE VENCIMENTOS E PROVENTOS. IMPUGNAÇÕES DE DECISÕES MONOCRÁTICAS E COLEGIADAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, PROFERIDAS EM RECLAMAÇÕES. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º, LIV E LV, 37, "CAPUT" E INCISO XIV, 100, § 2º, DA C.F. DE 1988, BEM COMO AO ART. 29 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/98. QUESTÃO DE ORDEM. MEDIDA CAUTELAR.

1. A Constituição Federal de 5.10.1988, no parágrafo único do art. 102, estabeleceu: a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. Esse texto foi reproduzido como § 1º do mesmo artigo, por força da Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993.

2. A Lei nº 9.882, de 03.12.1999, cumprindo a norma constitucional, dispôs sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental. **No art. 1º estatuiu: "Art. 1º - A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público." Trata-se, nesse caso, de Argüição autônoma, com caráter de verdadeira Ação, na qual se pode impugnar ato de qualquer dos Poderes Públicos, no âmbito federal, estadual ou municipal, desde que para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental da Constituição.**

3. Outra hipótese é regulada no parágrafo único do mesmo art. 1º da Lei nº 9.882/99, "in verbis": "Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição."

4. **Cuida-se aí, não de uma Ação autônoma, qual a prevista no "caput" do art. 1º da Lei, mas de uma Ação incidental, que pressupõe a existência de controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.**

5. O caso presente não é de Arguição Incidental, correspondente a um incidente de constitucionalidade, pois não se alega na inicial a existência de qualquer controvérsia entre as decisões focalizadas, pois todas elas foram no mesmo sentido, deferindo medidas liminares em Reclamações, para os efeitos nelas mencionados.

[...]

[grifamos]

(ADPF 3 QO, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2000, DJ 27-02-2004 PP-00020 EMENT VOL-02141-01 PP-00001)

17. - Como se extrai da didática ementa supracitada, **a ADPF autônoma, prevista no caput do artigo 1º da Lei Federal n. 9.882/99, prescinde de relevante controvérsia constitucional.**

18. - Dessa maneira, o fato de ser consolidada a jurisprudência do C. STJ quanto à aplicação da norma impugnada aos condenados em regime semiaberto **não constitui impedimento ao julgamento do mérito da presente ADPF, tendo vista esta se tratar de ADPF autônoma.**

19. - Aliás, sobreleva notar que todos os precedentes colacionados na ADPF são oriundos de *habeas corpus* julgados perante o E. STJ. **Não poderia ser diferente, tendo em vista que a matéria constitucional que cerca a definição da questão é puramente constitucional, âmbito normativo afeto a esta C. Corte Suprema.**

20. - Igualmente, reservando-se as devidas vênias, **não há como que se falar em indeferimento da petição inicial desta ADPF em razão do princípio da subsidiariedade,** disposto no artigo 4º, § 1º, da Lei Federal n. 9.882/99.

21. - Isso porque, muito embora tenha a r. decisão agravada afirmado que --“as decisões proferidas na execução referente ao título judicial formalizado na Ação Penal nº 470 são passíveis de impugnação mediante habeas corpus e agravo regimental”--, é certo que **a presente ADPF não se presta a atacar ato do Relator da referida Ação Penal.**

22. - Diferentemente do que foi utilizado como fundamento para indeferir a petição inicial, **esta ADPF objetiva o controle abstrato de norma pré-constitucional,** a qual, sob a ótica da Agravante, lesa os preceitos fundamentais dispostos nos incisos XLVI e XLIX do artigo 5º da Constituição Federal, de acordo com os fundamentos amplamente expostos ao longo da peça exordial.

23. - Exatamente nesse sentido foi formulado seu pedido. A propósito:

“90. - No mérito, requer seja conhecida e julgada procedente a presente ADPF para que seja declarada a ausência de recepção, pela Constituição Federal, do trecho do artigo 37 da Lei n. 7.210/84 que exige, como requisito para a prestação de trabalho externo no regime semiaberto, o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena.”

24. - Como se vê, o **cunho estritamente objetivo conferido a esta ADPF não permite que se invoque o princípio da subsidiariedade para impedir o seu exercício**, sob o risco de se frustrar a realização das garantias aos preceitos fundamentais constitucionalmente previstas.

25. - Por essa razão, quando se tratar de ADPF que tenha por objetivo instaurar o **controle abstrato de constitucionalidade lei ou ato normativo**, é certo que a subsidiariedade veiculada pelo § 1º do artigo 4º da Lei Federal n. 9.882/99 somente deve ser analisada quanto ao cabimento das **demais vias processuais destinadas ao controle abstrato**.

26. - Essa restrição à incidência do chamado princípio da subsidiariedade é decorrência lógica do interesse geral pertinente à aferição de constitucionalidade da norma impugnada.

27. - Foi com esses fundamentos que o plenário deste C. STF consignou que o princípio da subsidiariedade não deve excluir a utilização da ADPF em processo de índole objetiva quando não houver outro instrumento de controle normativo abstrato que seja cabível. Nesse sentido, a fundamentação do v. acórdão proferido na ADPF n. 33:

1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada com o objetivo de impugnar o art. 34 do Regulamento de Pessoal do Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará (IDESP), sob o fundamento de ofensa ao princípio federativo, no que diz respeito à autonomia dos Estados e Municípios (art. 60, §4o, CF/88) e à vedação constitucional de vinculação do salário mínimo para qualquer fim (art. 7º, IV, CF/88).

[...].

6. Cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental para solver controvérsia sobre legitimidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anterior à Constituição (norma pré-constitucional).

7. Requisito de admissibilidade implícito relativo à relevância do interesse público presente no caso.

[...]

9. ADPF configura modalidade de integração entre os modelos de perfil difuso e concentrado no Supremo Tribunal Federal. 10. Revogação da lei ou ato normativo não

impede o exame da matéria em sede de ADPF, porque o que se postula nessa ação é a declaração de ilegitimidade ou de não-recepção da norma pela ordem constitucional superveniente. 11. Eventual cogitação sobre a inconstitucionalidade da norma impugnada em face da Constituição anterior, sob cujo império ela foi editada, não constitui óbice ao conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que nessa ação o que se persegue é a verificação da compatibilidade, ou não, da norma pré-constitucional com a ordem constitucional superveniente.

[...]

13. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. 14. A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, a priori, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação. [...]

(ADPF 33, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2005, DJ 27-10-2006 PP-00031 EMENT VOL-02253-01 PP-00001 RTJ VOL-00199-03 PP-00873)

28. - Consoante se depreende do julgamento da ADPF n. 33, de relatoria do Exmo. Min. Gilmar Mendes, --“a existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, a priori, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação”--, para os casos em que se questiona a recepção de norma pré-constitucional pela Constituição Federal.

29. - Oportuno destacar que Vossa Excelência compôs o quórum do julgamento acompanhando a relatoria e se manifestou expressamente no sentido de que --“tal como o ministro Gilmar Mendes, penso que uma sábia política judiciária há de ter em vista o macroprocesso. Deve-se dar ênfase a essa nobre competência do Supremo, no que conduz, de forma concentrada, à solução de inúmero conflitos de interesse”--.

30. - No presente caso, muito embora tenha sido ajuizada ADPF visando a reparar lesão a preceitos fundamentais por meio do questionamento da recepção de norma pré-constitucional pela Constituição Federal de 1988, a r. decisão agravada, em dissonância da jurisprudência estabelecida por esta C. Suprema Corte, indeferiu a inicial com fundamento no suposto óbice presente no § 1º do artigo 4º da Lei Federal n. 9.882/99, uma vez que se afiguraria possível a utilização de *habeas corpus* ou agravo regimental.

31. - Contudo, a análise da subsidiariedade somente deveria ter sido realizada **em face das demais ações de controle abstrato de constitucionalidade**, a qual revelaria a inexistência de óbice ao exercício da ação.

32. - Isso porque, reitera-se, a presente ADPF questiona a recepção de norma pré-constitucional pela Constituição Federal de 1988, não havendo outro meio possível para tanto no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade. Nesse exato sentido, as lições do Exmo. Min. Gilmar Mendes¹:

Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a arguição de descumprimento.

Em sentido contrário, **não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade** – isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata – **há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental**.

É o que ocorre, fundamentalmente, nas hipóteses relativas ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal **em face da Constituição Federal** e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram.

Nesses casos, **em face do não cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade da arguição de descumprimento**.

33. - Assim, percebe-se que a r. decisão agravada indeferiu a petição inicial analisando, *d.m.v.*, de forma equivocada a incidência do princípio da subsidiariedade sob a ótica **aplicável à ADPF incidental, quando, no caso, trata-se de ADPF de cunho inequivocamente principal**, isto é, trata-se da hipótese de ação autônoma prevista pelo *caput* do artigo 1º da Lei Federal n. 9.882/99.

34. - Por essas razões, considerando-se que a presente ADPF tem por escopo reparar lesão a preceitos fundamentais por meio do questionamento de legitimidade de norma pré-constitucional, **mostra-se descabido o indeferimento liminar da petição inicial, devendo ser, portanto, reconsiderada a r. decisão agravada**, para que sejam devidamente apreciados os pedidos liminar e definitivo veiculados na peça exordial.

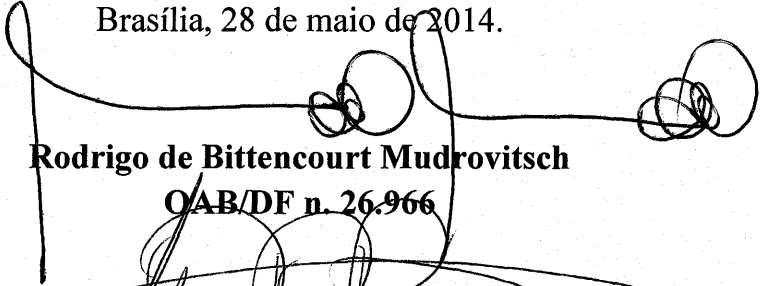
¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; Curso de Direito Constitucional – 8. Ed. rev. e atual; São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1227

III. - DO PEDIDO

35. - Por todo exposto, requer o Agravante a reconsideração da r. decisão agravada ou, caso submetida ao Plenário deste C. STF, a sua reforma, para que a presente ADPF seja regularmente processada e julgada.

Termos em que,
Pede deferimento.

Brasília, 28 de maio de 2014.


Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch

OAB/DF n. 26.966


Leandro Dias Porto Batista

OAB/DF n. 36.082